



TITLE:

タトゥー施術行為に医師法17条を適用して処罰することは、職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義があるとされた事例

AUTHOR(S):

曾我部, 真裕

---

CITATION:

曾我部, 真裕. タトゥー施術行為に医師法17条を適用して処罰することは、職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義があるとされた事例. 判例時報 2019, 2415: 132-137

ISSUE DATE:

2019-10-01

URL:

<http://hdl.handle.net/2433/244394>

RIGHT:

発行元の許可を得て掲載しています。; The full-text file will be made open to the public on 1 January 2020 in accordance with publisher's 'Terms and Conditions for Self-Archiving'; 許諾条件により本文は2020-01-01に公開

37

タトゥー施術行為に医師法17条を適用して処罰することは、職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義があるとされた事例

京都大学 教授 曾我部 真 裕

【事案】 公訴事実とは概ね以下のようなものである。事実関係に争いはなく、一審判決及び本判決ともそのまま罪となるべき事実として認定している。被告人は、医師でないのに、業として、2014年7月6日頃から2015年3月8日頃までの間、自らの経営するタトゥーショップにおいて、4回にわたり、Aほか2名に対し、針を取り付けた施術用具を用いて前記Aらの左上腕部等の皮膚に色素を注入する医行為を行い、もって医業（医師法17条、31条1項）をなしたものである。

一審判決（大阪地判2017・9・27判時2384号129頁）は、タトゥー施術行為、すなわち、針を取り付けた施術用具を用いて人の皮膚に色素を注入する行為（以下、「本件行為」という。）は医師法17条の「医業」の内容となる医行為に該当するとして有罪判決（罰金15万円）を宣告した。また、医師法17条は不明確ではなく憲法31条に反しないし、本件行為に医師法17条を適用しても憲法22条1項に反しないと判断した。

【判旨】 原判決破棄・無罪  
(1) 本件行為の医行為該当性  
「当裁判所は、医業の内容である医行為については、

保健衛生上の危険性要件のみならず、当該行為の前提ないし枠組みとなる要件として、弁護人が主張するように、医療及び保健指導に属する行為であること（医療関連性があること）、従来の学説にならった言い方をすれば、医療及び保健指導の目的の下に行われる行為で、その目的に副うと認められるものであることが必要であると解する。その理由は、以下のとおりである。

医師法は、「医療及び保健指導」という職分を医師に担わせ、医師が業務としてそのような職分を十分に果たすことにより、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保することを目的としているのである。この目的を達成するため、医師法は、臨床上に必要な医学及び公衆衛生に関して、医師として具有すべき知識及び技能について医師国家試験を行い、免許制度等を設けて、医師に高度の医学的知識及び技能を要求するとともに、医師以外の無資格者による医業を禁止している。医師の免許制度等及び医業独占は、いずれも、上記の目的に副うよう、国民に提供される医療及び保健指導の質を高度のものに維持することを目指しているといふべきである。

以上のような医師法の構造に照らすと、医師法17条が医師以外の者の医業を禁止し、医業独占を規定している根拠は、もとより無資格者が医業を行うことは国民の生命・健康にとつて危険であるからであるが、その大きな前提として、同条は、医業独占による公共的な医師の業務の保護を通じて、国民の生命・健康を保護するものである、言い換えれば、医師が行い得る医療及び保健指導に属する行為が無資格者が行うことによって生ずる国民の生命・健康への危険に着目し、その発生を防止しようとするものである、と理解するのが、医師法の素直な解釈であると思われる。（…）したがって、医師は医療及び保健指導を掌るものである以上、保健衛生上危害を生

ずるおそれのある行為であっても、医療及び保健指導と関連性を有しない行為は、そもそも医師法による規制、処罰の対象の外に位置づけられるといふべきである。

(2) 本件行為の医行為該当性を認めた場合の憲法22条1項適合性  
付言すると、仮に、原判決のように、医療関連性という要件を不要とし、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという解釈をとれば、本件行為は医行為に該当し、タトゥー施術業に医師法17条を適用することになる。しかしながら、このような医師法17条の解釈適用によると、以下に述べるとおり、憲法が保障する職業選択の自由との関係で疑義が生じるのであり、このことからしても、医療関連性を欠くためタトゥー施術の医行為性を肯定することはできないという前記解釈適用の妥当性が支えられていふべきである。

ア 原判決のように、入れ墨（タトゥー）の施術を、医師法17条の医行為に該当すると解釈した場合、医師以外の者が行うことが禁止され、これに違反した者は処罰されて、医師のみが入れ墨（タトゥー）の施術を行うことを許容されるという結果になる。

タトゥー施術業は、反社会的職業ではなく、正当な職業活動であつて、憲法上、職業選択の自由の保障を受けるものと解されるから、タトゥー施術業を営むために医師免許を取得しなければならないということは、職業選択の自由を制約するものであり、原判決も、これを前提として判断している。

イ そして、原判決は、職業選択の自由の違憲審査基準について、薬事法違憲判決（最高裁昭和50年4月30日大法廷判決（民集29巻4号572頁））を参照して、「一般に職業の免許制は、職業選択の自由そのものに制約を課する強力な制限であるから、その合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合



理的な措置であることを要する。また、それが自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措置である場合には、職業の自由に対するより緩やかな制限によつてはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する。」と説示しているところ、この説示は正当である。

続いて、原判決は、「医師法17条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益の保護を目的とする規定である。」と説示しており、医療関連性という要件を不要とする原判決の立場によれば、医師法17条の目的について、「医療及び保健指導に伴う生命・健康に対する危険を防止すること」ではなく、上記のように捉えることにならう。

ウ そこで、上記目的を達成するための規制の手段についてみる。

まず、医師を目指す者は、一般的に、大学の医学部で6年間の教育を受け、医師国家試験に合格しなければならず、医師として医療行為等に従事するには医師免許を取得する必要があるなど、医師法が規定する医師の免許制は、各種の資格制の中でも相当に厳しい制限といえる。タトゥー施術業が、医業に含まれ、医師免許を必要とする職業であるとしたならば、入れ墨（タトゥー）の彫り師にとつては禁止的ともいえる制約になることは明らかというべきである。

そして、入れ墨（タトゥー）の施術は、医師が行うのでなければ、言い換えれば、医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行うときは、保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であるとはいえ、厳密にみると、そこで必要とされる医学的知識及び技能は、医学部教育や医師国家試験で要求されるほど広範にわたり、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りると考えられる。また、所論が指摘するよ

うに、海外主要国においては、タトゥー施術業に医師免許を要求している例は見当たらず、医師が行うべき医療行為とは別個の規制がなされている。そうすると、我が国でも、彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によっては届出制や登録制等、医師免許よりは簡易な資格制度等を設けるとか、タトゥー施術業における設備器具等の衛生管理や被施術者に対する施術前後の説明を含む手順等に関する基準ないし指針を策定することなどにより、保健衛生上の危害の発生を防止することは可能であると思われる。

エ 原判決は、国民の保健衛生上の危害の防止という目的を達成するためには、「営業の内容及び態様に関する規制では十分ではない」という。

しかしながら、以上にみたように、上記目的を十分に達成するため、入れ墨（タトゥー）の彫り師にとつては禁止的ともいえる制約をもたらす医師法による規制が、必要不可欠であるといえるか甚だ疑問であり、医師法の規制対象にするのではなく、より緩やかな規制の下でも社会的に許容できる水準の安全性を確保することは可能と考えられる。タトゥー施術業に伴う保健衛生上の危害を防止するためには、何らかの規制は必要ではあるが、原判決のように、医師法17条で規制の対象となる医行為を医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為と解釈して、タトゥー施術業が、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が生ずるおそれのあるものであることを理由に、これを医師法17条の規制対象とする、すなわち、医師免許という厳格な資格制限による医師法の規制を及ぼすことは、他により緩やかな制限が可能であることからすれば、規制の範囲が必要な限度を超えているものといわざるを得ない。その意味で、タトゥー施術業を医師法で規制することには、目的と手段との関連において合理性がないというべきである。

オ 以上のとおり、入れ墨（タトゥー）の施術は医師のみがなし得るとする原判決の解釈適用によれば、タトゥー施術業を営む被告人の職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義が生じるといわざるを得ない。

また、所論は、原判決の解釈適用によれば、職業選択の自由の他にも、タトゥー施術業を行う者の表現の自由、さらに、現実には入れ墨（タトゥー）の施術を行う医師などいらないことになり、入れ墨（タトゥー）を自己の身体に施すこと自体を実質的に禁止するに等しいことから、タトゥーを自らの身体に入れる者の表現の自由及び自己決定権を侵害すると主張しているが、これらの点を検討するまでもなく、上記のとおり、タトゥー施術業は、医師法にいう医業に該当しないとの前記解釈適用が妥当である。

(5) なお、当裁判所のように、タトゥー施術業に医師法17条が適用されないという解釈をとると、現状においては、入れ墨（タトゥー）の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれに着目したタトゥー施術業自体に対する規制は、存在しないことになる。

しかしながら、入れ墨（タトゥー）の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれという問題に対しては、医師法の医行為を拡張的に解釈してこれを処罰対象として取り込むのではなく、必要に応じて、業界による自主規制、行政による指導、立法上の措置等の規制手段を検討し、対処するのが相当というべきである。」

## 【評釈】

### 1 はじめに

本件は、本件行為（タトゥー施術行為）が医行為に該当するとして、彫師が医師法17条違反で起訴された事件であり、社会の耳目を集めたほか、憲法論としても興味深い論点を含んでいる。筆者は、弁護人の依頼に基づ



き、一審段階から弁護団の議論に参加をし、また、控訴審段階で意見書を提出している。本判決の憲法論はこの意見書を踏まえた弁護人の主張を相当程度取り入れている関係上、本判決を肯定的に評価する立場にある。

なお、本件は上告されている。最高裁判決で実質判断が行われるとしても、憲法判断に踏み込まず、医行為の解釈によって処理を行う可能性が高いと思われる。筆者としても、医行為の要件として医療関連性を要求する本判決の解釈に全く異論はなく、最高裁においてもこの判断は維持されるべきと考える。しかし、本稿では、本件が職業の自由の違憲審査に関する興味深い論点を含んでいると考えることから、もっぱら憲法の観点から検討を行うこととしたい。

## 2 職業の自由としての保護範囲の問題

本判決は、「付言」として、本件行為が医行為に該当するという一審判決のような解釈をとれば、憲法22条1項との関係で疑義が生じることを指摘した上で、その理由を詳細に検討し、実質的に違憲判断を行っている(本件で憲法判断に踏み込むことの憲法訴訟論的な観点からの適否については最後に一言する)。

まず、医師による医療独占を定める医師法17条が一般に違憲であるとは考えられないので(もっとも、「医療」の定義の仕方については後述のように問題がある)、本件で問題とされるのは適用違憲である。適用違憲の判断においては、具体的事案から抽出された適用類型が審査の対象となるが、どのような適用類型を設定すべきだろうか。本件では、一応、①医療関連性がないが医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為、とするか、②タトゥー施術行為とするかが考えられる。具体的な事実関係を基礎とした判断を行うところに適用審査の強みがあるとすれば、本件では、本判決と同

様、②で考えるのが妥当だろう。①については、むしろ、事案から出発する適用審査ではなく、法令一般審査の観点に親和的である。こうした審査を行う場合には、むしろ合憲限定解釈(本件では合憲限定解釈が可能であることは明らかであり、部分違憲という選択肢はないだろう)に向かうことになる。

ところで、②に含まれる行為にも様々なものがあり、少なくとも、(a)暴力団員等にタトゥーを施術する行為と、(b)本件のようないわゆるファッションタトゥー、すなわち、一般人の依頼に応じてタトゥーを施術する行為とが社会通念上区別可能である。(a)と(b)とは、社会通念上の評価が大きく異なりうる。この点が憲法上の評価にどのように影響するかについては、基本権としての保障の程度で考慮される可能性があり、(a)は反社会的な行為として保障の程度が低い、さらには保護範囲外にあるとされる可能性があるかもしれない<sup>3)</sup>。

これに対し、(b)については、依然として市民権を得たとはでは言えないものの、本判決も認定する通り「昨今では、若者を中心にファッション感覚から、あるいは、個々人の様々な心情の象徴として、タトゥーの名の下に入れ墨の施術を受ける者が以前よりも増加している」。こうした状況について反社会的な要素は一切ないのであって、これも本判決が述べる通り、「タトゥー施術業は、反社会的職業ではなく、正当な職業活動であって、憲法上、職業選択の自由の保障を受ける」べきものである。そして、この判示の趣旨は、タトゥー施術業は、他の一般的な諸業種と同水準の保障を受けるというものであるはずである。

## 3 資格制に関する違憲審査のあり方

次に、違憲審査の枠組みないし審査基準の設定の問題である。この点については、一審判決も本判決も、薬事

法判決(最大判1975・4・30民集29巻4号572頁)の審査基準に依拠している。すなわち、規制が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する。また、(……)職業の自由に対するより緩やかな制限によつてはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する。」というものである。

この点については、本件で問題となつたのは資格制であり、薬事法判決で違憲とされた許可制とは異なり、いわゆる主観的な条件による制限であり、より緩やかな審査基準が妥当するのではないか。実際、最高裁でも、司法書士法事件(最三小判2000・2・8刑集54巻2号1頁)では、特に立ち入った審査をせずに簡単に合憲としている<sup>5)</sup>。この点について、一審判決には特に言及がなく、本判決でも審査基準の設定の理由は特に述べられていないが、別の箇所では、「医師の免許制は、各種の資格制の中でも相当に厳しい制限といえる。」「彫り師にとつては禁止的ともいえる制約になることは明らか」と述べており、こうした認識が上記の審査基準の採用及び具体的な判断に反映していることは間違いない。また、主観的な条件による制約と客観的な条件による制約との区別が、制約の強度と対応しているかは疑問である以上、こうした判断は妥当だと考える。

もっとも、さらに考えてみると、一般論としては、資格制を設けるにあたって立法裁量を認める余地もあるように思われる。すなわち、資格制、とりわけ業務独占を伴うそれが導入されるのは、その資格が扱う業務に専門性が要求され、専門性なくして当該業務を行うと弊害が生じるということによる。しかし、業務独占の対象となる行為のすべてにそのような弊害があるわけではない。また、正式な資格はなくても実質的には専門的な技量を有する者も存在しうる。そこで、資格制は、当該業務から生じうる直接的な弊害又はそのおそれだけが理由なの



ではなく、業務監督の必要性等、別の理由にも支えられている。そこには、業務独占の範囲などにつき、一定の政策的配慮も認められうるものであり、こうしたことからすれば、資格制については、個々の事件で問題となった行為の危険性を取り出して審査対象とし、より緩やかな規制手段の有無を問うという審査手法が通用しない側面があると言わざるを得ない。たとえば、コンタクトレンズ処方のための検眼行為は医行為であるとされている(最一小決1997・9・30刑集51巻8号671頁)。これに対しては、簡易な操作で正確な測定が可能な装置が普及していることからすれば、誰にでも安全・正確に行うことができる行為のように思われるが、当該行為を医行為に含めることが合憲だとすればその理由は、医師免許取得が極めて高い(禁止的な)ハードルであり、その行為だけを捉えてみれば医師の技量が必ず必要とは言えないとしても、検眼行為を医療行為のプロセスの不可欠な一部と位置づけることが不合理とは言えないからだということになる。

一般に、主観的な条件による制約と客観的な条件によるそれとは、本人の意思や努力で克服できるかどうかという点で区別されると言われることが多いが、本質的には以上に述べたような理由が重要なのではない。

さて、このように考えてみると、本件でも、薬事法判決の審査基準を用いるべきかということが改めて問われる。本件の特殊性は、結局のところ、タトゥーの施術が、常識的な意味でも、医師の養成課程や歴史的な経緯からも、医師の業務範囲に含まれるとは到底考えられないところにある。そうすると、資格制に関する上記のような考慮は不要であり、薬事法判決において許可制が「職業の自由に対する強力な制限」とされたのと同様、彫り師の職業の自由に対する禁止的な制約として、同判決の基準で審査すべきことになり、結局、本判決の

判示は妥当だと考える。

#### 4 LRA基準の適用について

そこで次に、この審査基準の適用についてである。この点につき、一審判決は医師免許を求めること以外のより緩やかな手段が存在しないとした一方で、本判決はこうした手段が存在するとし、手段の必要性に関して結論が分かれた。このような判断の相違には、違憲審査基準の適用に関する重要な問題が含まれていると感じるので、以下、この点について述べる。

必要性審査に類似し又はそれと同じものだと考えられる学説上の基準として、LRA基準がある。これは、一般には、同様の立法目的を達成することの可能なより緩やかな手段の有無を問うものであると言われる。本稿ではこの関連で次の2点に注目したい。

第1に、LRA基準におけるLRAの明示の問題である。本判決は代替手段が存在するとしたが、具体的には、「我が国でも、彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によっては届出制や登録制等、医師免許よりは簡易な資格制度等を設けるとか、タトゥー施術業における設備、器具等の衛生管理や被施術者に対する施術前後の説明を含む手順等に関する基準ないし指針を策定することなどにより、保健衛生上の危害の発生を防止することは可能」と、詳細に述べる。こうした判示の基礎となったのは、弁護人が詳細に調査した諸外国の立法例であり、諸外国ではタトゥー彫り師に医師免許を要求している例がないこと、及び、届出制や登録制といった簡易な資格制度が設けられていることから、代替手段として具体的に提示されたものである。憲法学説では、代替手段を明示する必要があるかどうか若干議論されてきているようであるが、次に述べる点との関係で、少なくとも原則としては、明示される必要があると考えておくべき

ではなかるうか。

第2に、LRA基準と比較衡量との関係である。一審判決は、「医師法17条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益の保護を目的とする規定である。そして、入れ墨の施術は、医師の有する医学的知識及び技能をもって行わなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為なのであるから、これを医師免許を得た者のみに行わせることは、上記の重要な公共の利益を保護するために必要かつ合理的な措置といふべきである。また、このような消極的・警察的目的を達成するために、営業の内容及び態様に関する規制では十分でなく、医師免許の取得を求めること以外のより緩やかな手段によつては、上記目的を十分に達成できないと認められる。」とする。

この判示は、一見するとLRAの有無をともに審査せずに結論を出しているようにも見えるが、あえて善解するとすれば、次のような読み方ができるかもしれない。すなわち、医師法17条は、医師の有する知識・技能をもつてでなければ達成できないような安全性を確保することを目的としており、医行為に該当する以上は医師によつて対処させる以外の緩やかな手段は存在しないと、と。

ある種の循環論法のようにも見えるが、可能な限り高い安全性確保が立法目的だとすれば、医師に独占させること以外の規制手段はないともいえる。実際、一審判決は、タトゥー施術の危険性を詳細に認定しており、このような発想に立っているものと思われる。しかし、本件については、こうした立論は直観的にはいかにもバランスを欠くようにも思われる。直観的には、安全性の水準と規制の程度を比較衡量したいところだが、この直観をどのように言語化するのが問題となる。

一つは、目的審査で考慮するという可能性である。し



かしながら、どの程度の安全水準を目指すかについては立法裁量が認められるのかもしれない。特に生命・身体の安全確保のためということであれば、可能な限り高い安全性確保を目的とすることがそれ自体として目的審査をパスしないということは考えにくいようにも思われる。ただ、それほど高い安全水準を目指すことが正当化されるほどの立法事実が求められるということは言いうる。とはいえ、目的審査の手法については未だとりわけ不明な点が多く、少なくとも現状では、きめ細かな判断を行うには不向きなように思われる。

目的審査をパスしてしまえば、医師免許を要求することは適合性・必要性を充たすということになり、薬事法判決の審査基準、あるいはLRA基準を充たすということになってしまふ。安全性の水準と規制の程度との比較衡量の居場所をどこに見つければよいだろうか。

この点、ほかならぬ薬事法判決にヒントがある。薬事法判決は、薬事法や薬剤師法の規制を概観し、「これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができはるはずである。」とする。その上で、「不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることが、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の

制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とする」と述べ、規制目的の達成度合いと被制約権利との比較衡量を導入している。

もつとも、薬事法判決は、薬局の適正配置規制によって防止されるような危険性はないという判断であり、この比較衡量は実際にはなされていないように思われる。本件では、彫師に医師免許を要求することによって安全性が高まるという関係があること自体には異論はないだろうから、この比較衡量が本格的になされるべき事例だといえる。

しかし、本判決はこのような比較衡量を明示的には行わず、「より緩やかな規制の下でも社会的に許容できる水準の安全性を確保することは可能」という形で必要性ないしLRA審査の枠内で判断を行った。本件ではこのような処理で具体的妥当性が確保されると思われ、その意味で本判決は妥当だと考えるものの、審査基準論の一般論としてこの点をどのように位置づけるかは議論の余地がある。

この点は、比例原則論においては、狭義の比例性の問題として位置づけられると思われるが、違憲審査基準論のいう目的手段審査においては居場所を見出しにくいように思われる。もつとも、従来、LRA基準において比較衡量が行われるという指摘もあつたところで、この指摘がここでは興味深い<sup>⑧</sup>。すなわち、LRA基準の判断において、典型的には、審査対象となつている規制手段と代替的な規制手段とで、規制の効果と基本権の制約度合いとを比較衡量するというものである。このような考え方を取れば、本件のような比較衡量はまさにLRA基準の審査においてなされるべきものとなる。妥当な考え方のようにも思われるが、しかし、結局のところ、比較衡量を導入することになり、三段階審査における狭義の比

例性判断との相違が相対化されると同時に、「基準」と称することの意義が減殺されるようにも思われる。

以上に見たように、違憲審査基準の具体的な適用の仕方についてはさらに説明すべき点が少ないように思われる。憲法学説は、違憲審査基準をいかに選択すべきかについては熱心に議論するものの、審査基準の構成要素をどう考えるか、審査基準をどのように適用すべきかということについては十分に議論しない傾向にあるように感じられる。その結果として、審査基準の使い勝手が悪いものにとどまつているのであれば、審査基準論が実務に受け入れられることも望めないのではないか。

## 5 表現の自由及び自己決定権について

被告人・弁護人は、医師法17条・31条による規制が、(α)被告人の表現の自由や、(β)被施術者の自己決定権、(γ)表現の自由の侵害にも当たると主張していた。これらの点について、一審判決は簡単な検討でこれらをいづれも退ける判断をしている。すなわち、(α)については表現の自由としては保障されない、(β)(γ)についてはそれぞれ憲法13条、21条1項で保障されるが必要かつ合理的な制限であるとされた。

これに対して、本判決はこれらの点については判断をしなかったで、本稿でも立ち入らないが、こうした問題は合憲性そのものを判断する(処分違憲を問う)よりは、違法性阻却事由の解釈等、法律解釈のレベルで対応するのが望ましいように思われる。<sup>⑨</sup> 実質的違法性阻却については判例の停滞が目立つところであるが、憲法と刑法との接点の居場所として、実質的違法性論の再活性化が求められる。

## 6 その他の問題

最後に、その他の問題として2、3の点を述べておき



たい。

まず、冒頭に述べたように、本判決が付言において実質的な憲法判断（しかも違憲の判断）を行っていることの憲法訴訟論的な評価である。憲法訴訟における必要性の原則からすれば、こうした判断が許容されるかが問題となる。しかし、筆者としては、今回の憲法判断は許容されると考える。何よりも、本件では、当事者間で合憲性に関する主張がかなり詳細になされており、憲法判断をするに熟した状況があったといえるからである。また、上告によつて違憲判断を覆すことも可能であり、違憲判断が確定するわけではない。むしろ、上告審に向けて判断材料を提供するという意義があろう。

本判決に限った話ではないが、憲法訴訟論的な観点からの問題としてこの際述べておけば、刑事判決では、判決文で示すべき内容が限られており（刑事判決44条、335条、336条）、双方当事者の憲法上の主張が判決文中に示されないのは問題ではないかと思われる。

最後に、すでに拙意見書でも述べたところであるが、医師法17条の法治主義との関係での問題性を改めて指摘しておきたい。同条の過剰包摂性の問題は、近年、医師法制定以降の医療関係技術の進歩と国民の間での医療知識の普及、および、在宅医療の推進という動きの中で、様々な現実の問題として現れてきており、罪刑法定主義との関係でも問題が指摘される。それに加えて、広汎な医行為概念は、厚生労働大臣の裁量を広く認める結果となり、より広く、法治主義（憲法41条、72条6号等）の観点からも問題がある。実際、これまで医行為該当性が問題となった事例を見ると、医行為に該当しないという厚生労働省の通知が発出されて初めて公然と行うことができるようになっていくというところで、あたかも厚生労働大臣によるの許可制が敷かれているような様相を呈している。これは医師法17条からは想定されていない事態であ

ろう。よりきめ細かい規定への見直しが求められる。

- (1) 地裁判決の評釈・解説等として、新井誠「判批」広法42巻3号（2019年）21頁、小谷昌子「判批」年報医事法学33号（2018年）239頁、小山剛「判批」判時23360号145頁、佐々木雅寿「判批」法教449号（2018年）121頁、城下裕二「判批」新・判例解説WatchNo.127（2018年）、高田倫子「判批」新・判例解説WatchNo.23号（2018年）19頁、辰井聡子「判批」立教法学97号（2018年）285頁、濱口晶子「判批」法セミ763号（2018年）120頁、三重野雄太郎「判批」鳥羽商船高等専門学校紀要40号（2017年）9頁がある。また、本判決の評釈・解説等として、榎透「判批」新・判例解説WatchNo.24号（2019年）37頁、笹田栄司「判批」法教462号（2019年）152頁、高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学11号（2019年）135頁がある。
- (2) 拙稿「医師法17条による医療独占規制と憲法——タトゥー彫師訴追事件に即した検討」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望（初宿正典先生古稀記念）』（成文堂、2018年）749頁。
- (3) 拙稿・前掲注（2）749頁以下では、医療あるいは医行為の解釈についても検討を行っている。
- (4) なお、職業の自由の保護範囲については議論の蓄積が乏しいのが実情だが、反社会的職業だからといって直ちに保護範囲から外れると言えるかどうかとは別論であり、筆者自身が本文で示した見解をとっているわけではない。
- (5) 松本哲治「薬事法距離制限違憲判決」論ジュリ17号（2016年）52頁は、主観的な条件による制約と客観的な条件によるそれとを区別する段階理論と司法書士法事件とが親和的であるとする。
- (6) 資格制の合憲性審査の方法を論じものとして、小山・前掲注（1）143-145頁。
- (7) これは、拙意見書（を踏まえた弁護士）の主張を採用したものである（拙稿・前掲注（2）759頁）。
- (8) 藤井俊夫、「違憲審査におけるLRAの基準」同

『憲法訴訟の基礎理論』（成文堂、1981年）298頁、右崎正博「『より制限的でない他の選ぶる手段』の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟2』（有斐閣、1987年）231頁。これに対して、比較衡量が必要となるのはLRA基準の適用範囲を不当に拡大したからであるとするのが君塚正臣である（同「司法権・憲法訴訟論（下）」（法律文化社、2018年）543頁）。なお、この点について自覚的に詳細に論じた論文として参考になるのが、伊藤健「違憲審査基準論の構造分析——違憲審査基準の『構成要素』という視点から」（京都大学大学院法学研究科博士論文、2019年）である。未公表の論文に依拠して詳細に論じるのは躊躇されるので簡単にのみ述べてと、同論文は、規制によつて得られる目的実現度と制約強度とを比較衡量するものとしてLRA基準を捉えるものである。なお、伊藤氏には、本稿のドラフトをもとに、議論にお付き合い頂いたことについても記して感謝の意を表したい。

- (9) もっとも、実務が審査基準論と距離を置く真の理由がこのようなことなのかどうかは明らかではない。
- (10) この判断に疑問があることは、拙稿・前掲注（2）761-762頁で述べた。
- (11) 拙稿・前掲注（2）763頁。
- (12) その意味では、国賠訴訟等において、理由中で違憲判断をしながら法的利益の侵害がないとして請求を棄却するような判断（例として、大阪高判2005・9・30訴月52巻9号2979頁（大阪靖国訴訟）、名古屋高判2008・4・17判時20056号74頁（イラク特措法差止訴訟））とは異なる。
- (13) 樋口範雄「『医行為』概念の再検討」樋口範雄・岩田大編『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂、2007年）11頁、高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」論叢164巻1-6号（2009年）371頁、天野良「医行為概念の再検討」東京大学法科大学院ロービュー18号（2013年）12頁など。